Mehls, Gustav

De pecuniae constitutae origine atque prima natura

Halæ

1854

97-84274-26
MASTER NEGATIVE #

COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARIES
PRESERVATION DIVISION

# BIBLIOGRAPHIC MICROFORM TARGET

ORIGINAL MATERIAL AS FILMED - EXISTING BIBLIOGRAPHIC RECORD

332 Mehls, Gustav.
Z12 De pecuniae constitutae origine atque prima natura.
Halae, 1854. O. 26+1 p.
Doctor's dissertation at Halle (Ger.) university.
No. 6 of a v. of pamphlets.



## TECHNICAL MICROFORM DATA

FILM SIZE: 35mm REDUCTION RATIO: 9:1 IMAGE PLACEMENT: IA (IIA) IB IIB

DATE FILMED: 12-4-97 INITIALS: AP

TRACKING # : 30129

FILMED BY PRESERVATION RESOURCES, BETHLEHEM, PA.

# DE PECUNIAE CONSTITUTAE ORIGINE ATQUE PRIMA NATURA.

---

DISSERTATIO INAUGURALIS

QUAM

CONSENSU ET AUCTORITATE

**ILLUSTRIS IURISCONSULTORUM ORDINIS**

IN ACADEMIA FRIDERICIANA HALENSI

CUM VITEBERGENSI CONSOCIATA

AD

SUMMOS IN UTROQUE IURE HONORES

RITE CAPESCENDOS

DIE XVI. MENSIS AUGUSTI A. MDCCCLIV.

PUBLICE DEFENDET

AUCTOR

**GUSTAVUS MEHLS**

AUSCULT. REG.

ADVERSARIORUM PARTES SUSCEPERUNT:

H. SCHOENE, REF. REG.
C. AB ARNIM, AUSC. REG. DR. IUR. UTR.
R. ARNIM, STUD. IURIS.

HALÆ,

FORMIS O. HENDELII.

PATRI OPTIMO DILECTISSIMO

ERNESTO MEHLS

NEOMARCHICI ERGASTULI PRAEFECTO,

EQUITI ORDINUM CRUCIS ET FERREAE

ET SANCTI GEORGI, ETC. ETC.

HASCE STUDIORUM PRIMITIAS

PIO GRATOQUE ANIMO

OFFERT

FILIUS.

# I.

Unus tantum exstat locus, quo certi aliquid de constituti origine nobis traditur, atque invenitur quidem hic in fr. 3. §. 2. de pec. const. (Ulp.)

> „*Si is, qui et iure civile, et praetorio debebat, in diem sit obligatus, an constituendo teneatur? Et Labeo ait, tenere constitutum, quam sententiam et Pedius probat. Et adiicit Labeo, vel propter has potissimum pecunias, quae nondum peti possunt, constituta inducta; quam sententiam non invitus probarem; habet enim utilitatem, ut ex die obligatus, constituendo se eadem die soluturum, teneatur.*“

Iam huius paragraphi sententiam quam acuratissime investigare atque explicare liceat.

Ulpianum, quum querat, an is, qui et iure civili et praetorio debeat, si in diem sit obligatus, constituendo

tenendus sit, de eo loqui debito, quod, nulla[1]) obstante exceptione, certa die iudicio exigi possit, satis apparebit, si respexeris, quae paullo superius scripserit Ulpianus in §. 1. illius fr.

> *„Si quis autem constituerit, quod iure civili debebat, iure praetorio non debebat, id est per exceptionem[2]), an constituendo teneatur, quaeritur. Et est verum, ut et Pomponius scribit, eum non teneri, quia debita iuribus non est pecunia, quae constituta est.“*

Verum illud non inepte videtur quaeri, quid, quum alia alias ob causas constitui possent Ulpiani temporibus, illo loco significetur „constituendo.“[3])

Ac primum quidem, quid ex ipsis Ulpiani verbis ad hanc rem illustrandam colligi atque concludi possit, videamus. Ulpianus, quum probet Labeonis sententiam, „vel propter has potissimum pecunias, quae nondum peti possint, constituta inducta,“ illud simul concedit, quod, ab ipso antea in medium prolatum, Pedii Labeonisque testimoniis comprobatum fuit „tenere constitutum.“ Nec vero comprobat solum; sed ipse etiam quum dicat: „habet enim

---

[1]) Keller, roem. Civil-Proc. not. 378., cfr. Savinius, System des röm. R., Tom. V. pag. 172. not. g. —

[2]) Recte notat Noodt ad hanc par. (Tom. II. pag. 244. b.): „Sed Ulpianus fr. 3. §. 1. de pec. const. ait esse verum, et Pomponium scribere, eum non teneri: praefatus, iuribus debitam non esse pecuniam, quae constituta est: puto, quia respicientibus ad exitum oppositae exceptionis, pecunia neutro iure debetur neque civili, neque naturali.“ —

[3]) Ex Basilicis, quae huncce locum parum accurate exprimunt, hoc intelligi non potest. Referunt enim nostrae §. sententiam in l. 3. §. 2. XXVI. 7. his verbis: *καλῶς δέ τις ἀντιφωνεῖ ὅπερ ὑπὸ ἡμέραν χρεωστεῖ.* Ne glossae quidem ad hunc locum intelligendum aliquid valent. —



utilitatem etc.“ causam affert, cur ad Labeonis illam sententiam sibi videatur accedendum esse. Quid igitur? nonne haec ipsa Ulpiani verba quid significet in paragrapho nostra verbum „constituendo“ nos docere videntur? Iam videamus? Quaenam est sententia his verbis expressa? Non liquet primo quidem adspectu. Quid enim sibi vult illud „eadem die“? Quo referendum erit?

---

## II.

Non dubium primo videtur esse, si grammaticas regulas usumque latine dicendi respicis, quin verba „eadem die“ ad verba antecedentia „ex die“ pertineant. Sit ita! Ulpianus igitur, quum dicat „eadem die,“ eum dixisse putandus est diem, quo iam ipso, quominus pecunia exigeretur, nihil impediret, ita ut verba illa: „habet enim utilitatem etc.“ ad commoda quaedam referantur oporteat, quae creditori ex accedente de pecunia constituta actione oriantur.

Quodsi hac ratione, Ulpiani auctoritate ducti, Labeonis illa verba interpretamur, dixisse eum apparet, eo consilio, propter has potissimum pecunias, quae nondum peti possint, inducta esse constituta, ut praeter principalem actionem insuper etiam actioni de pecunia constituta locus datus sit. Sed quid tandem sibi vult illud „potissimum“ quippe quo significetur, si pecunia quaedam debita postea demum peti possit, maius atque singulare quoddam creditori constituendo afferi commodum? Quodnam tandem est hoc commodum? Mihi quidem praeter sponsionem dimidiae partis diminutamque demonstrationis difficultatem[1]) nullum omnino notum est. Quae tamen res quum

---

[1]) cfr. Puchta Vorl.: §. 2, 55 fin. —

creditori semper sint usui, quid interest, utrum pecunia iam nunc, an postea demum peti possit? Sed nihil impedit; res minoris est momenti. Iam ad graviora transire liceat.

Ulpianum igitur, si verba „eadem die" pertinere volumus ad „ex die," hanc cognovimus expressurum fuisse sententiam:

> Si iis, qui et iure civili et praetorio debebat, *in diem* sit obligatus, an constituendo se *illa die* soluturum, teneatur *actione de pecunia constituta*?

At, cur non dilucidis verbis Ulpianus hanc suam expressit sententiam, praesertim quum ea sit, quam audire minus expectaveris? Etenim quomodo hic constituti usus Ulpiani temporibus in dubium vocari poterat, ita ut ille, nisi aliorum auctoritate nisus, certi quidquam de hac re dicere non auderet? Accedit, quod idem paullo antea (fr. 1. §. 6. de pec. const.) nulla diei habita ratione: „debitum, inquit, ex quacunque causa potest constitui." Cur igitur in diem debitum ex iure civili, cui nulla obstat exceptio, constitui non potuerit? quippe quod hodie[1] etiam iustum sit debitum, idque melius profecto, quam illud ex iure tantum naturali, quod quidem iam ipsum ad constituendum sufficit.[2]

Deinde etiam, quid sibi vult, quod in extrema nostrae paragraphi parte dixit Ulpianus? Quod si est accuratior repetitio et quasi explanatio eius, quod initio ab eo quaesitum fuit, — alia vero explicatio restat nulla — non

---

1) Fr. 9. ut in poss. leg.: „nam et quod die certa praestari oportet deberi dicimus, licet dies eius nondum venerit." Cfr.: fr. 213. de v. s. —

2) Fr. 1. §. 7. de pec. const.: „debitum autem vel natura sufficit."



intelligo equidem, quorosum spectent verba illa: „habet enim utilitatem etc." Iam igitur satis, opinor, apparet, verba „eadem die" non nobis referenda esse ad „ex die," nisi ineptissime loquutum esse Ulpianum fatebimur. Itaque restat, ut videamus, quaenam alia via in explicatione nobis pateat.

---

## III.

Unum tantum exstat refugium, neque longe remotum. In promptu enim est, verbis „eadem die" Ulpianum eum significare voluisse diem, quo fieret constitutum, ita ut „eadem die" usurpatum sit pro *praesenti die*, quae quidem usurpatio, quamquam et minus usitata est nimiamque admittit ambiguitatem, tamen non est sine exemplis.[1]

Restat igitur, ut examinemus, utrum iam minus perversa atque absurda efficiatur nostrae paragraphi sententia, nec ne?

Ac primum quidem de constituti utilitate inquirire liceat, de qua Ulpianus in fine nostrae paragraphi loquitur, quaeque antea intellectu erat difficilior. Neque iam, quanta sit illa utilitas, quemquam effugere posse credo. Nonne enim id in commoda referes, debitum aliquod, quod proprie postea demum petere possis, iam, quum constitutum factum sit, priore die per iudicem abs te posse exigi? At,

---

1) Vide Schulting-Schmallenburg tom. III. not. ad h. fr., qui ipse quoque hanc usurpationem comprobat. Item Glueck tom. XIII. 1. pag. 392. med.; Claud. Salmasius de mod. usur. pag. 719. et Duarenus comm. in tit. de const. pec. cap. 2. med. —

dixerit, quispiam, Ulpianus cum dicit diem, quo ipso constitutum fit. Quid refert? Iam enim hoc ipso die debitum constituendo peti poterat, neque aliud quidquam spectavit Ulpianus, quum hunc diceret diem, nisi ut usum constituti demonstraret fere [1]) extentissimum.

Deinde si ad antecedentem nostrae paragraphi partem transimus, hic quoque iam optimam atque prorsus dilucidam effici sententiam invenimus. Quod enim quaerit Ulpianus, id fere est:

> An debitum aliquod, quod postea demum peti potest, in priorem aliquam diem potest constitui?

Neque abhorret haec explicatio ab eo, quod de hac nostrae paragraphi parte multi iudicaverunt homines docti. [2])
Iam etiam ne Labeonis quidem verba obscura, aut inepta videntur esse, quum dicat: „vel propter has potis-

---

[1]) Non enim intelligo, cur non etiam illud, ut exemplum afferam sit constitutum: post unam horam debitum tibi exsolvam. Vide de hac re SALM. libr. cit. pag. 720. —

[2]) SALMASIUS libr. cit. pag. 719. De VANGEROVIUS Leitfad. III. pag. 146. med. (editio 1849.) DUARENUS, comment. in tit. de pec. const. cap. 2. med. De REINHARDTIUS Ergänzungen zu GLUECKS Pandect. Bd. 4., Abth. 2., pag. 515., qui quidem de tota hac §. ita sentit: „Die Frage ist: kann eine auf einen gewissen Tag erst fällige Verbindlichkeit mit der Wirkung einer kürzeren Frist constituirt werden? Und diese Frage wird hier von Labeo bejaht, von Ulpian aber dahin verneint, dass das Constitutum zwar an sich, aber nicht in Bezug auf die kürzere Zeitfrist gültig sei. Ulpian's Ansicht steht nun auch mit dem Grundsatze, dass durch das Constitutum die ursprüngliche Verbindlichkeit nicht ausgedehnt werden könne, in vollkommenem Einklang. Seine Meinung theilt jedoch Paulus in unserem fr. 4., was als geltendes Recht anzunehmen ist (nicht?), und selbst Ulpian hält in dem fr. 5. den obigen Grundsatz nicht fest." —

Aliter etiam NOODT de §. nostra sentit (tom. II. pag. 244b.): „Occurrit hic et alia inspectio, quid observandum sit: si quidem de-



simum pecunias, quae nondum peti possint, constituta inducta." P o t i s s i m u m enim illud eam habet vim, ut significet, constitutum, quum ad quamlibet diem praefiniendam tum praecipue eam ob causam inductum esse, quod optabile atque adeo necessarium nonnunquam visum sit, ut debitum aliquod iam priore die recte peti posset, quam quo proprie exigi posset iudicio.

Optabile vero hac tantum in causa visum fuisse, inde apparet, quia tum tantum, si in priorem aliquam debitum transferebatur diem, firma legitimaque conventione opus erat, nisi pluris petitionis poenam commissurus erat creditor; econtra, si iam aderat dies, qua debitum peti poterat, cur die aliqua constituenda creditor se libertate sua privaturus fuerit? Desideratum certo hac in causa non erat constitutum, praesertim quum probabile sit, pactum de non petendo tum iam exstitisse, ita ut hoc uti posses ad proferendam diem, sive iam praesentem, sive posteriorem.

Nec minus illud etiam in promptu est, cur id ipsum ab Ulpiano in quaestionem vocetur, an is, qui in diem sit obligatus, constituendo in priorem diem teneatur? Hoc enim solum dubium esse poterat, quum, id quod apparet ex nostra paragrapho, quae principalis fuisset constituti vis et natura, non iam satis constaret Ulpiani temporibus; nam si eadem pecunia in priorem aliquam diem constitue-

---

beatur et civiliter et naturaliter, verum in diem. Non enim exigi potest sic debitum, quam diu non venit dies, interim cessit dies et iam debetur; tenere igitur constitutum, ait Labeo apud Ulpianum fr. 3. §. 2. de pec. const. et adiicit, vel propter has pecunias, quae nondum peti possunt, inducta potissimum esse constituta: et confitetur Ulpianus, non invitum se probare hanc sententiam: habere enim utilitatem, ut ex die obligatus, constituendo se eadem die soluturum teneatur. Imo putat Paulus, et si citeriore die constituat se soliturum, similiter teneri fr. 4. de pec. const." — Quas explicationes, ut separata disputatione refellere iam non, opinor, opus est. —

batur, quod quidem hoc loco poni apparet, plus peti videbatur tempore [1]), si constituta die debitor conveniebatur. — Quodsi Iustinianus in leg. 2. C. hoc ait:

*„... a veteribus ... dubitaretur, an pro debito sub conditione vel in diem constituto eam [2]) possibile esset fieri ...“*

in his quoque verbis dici translationem in prius tandem tempus dici putandum est. —

Praeterea illud etiam observetur oportet, quod antecedens paragraphus prima [3]) cum secunda nostra tum tantum satis cohaeret atque convenit, si hanc sic intelligimus, ut modo explicatum est. Postquam enim Ulpianus paragrapho prima, quum id intelliget debitum, quod, obstante aliqua exceptione, dari non oportebat, [4]) in quaestionem vocavit, num vis huius exceptionis etiam ad constitutum pertineret, nostra quaerit paragrapho, num exceptio, quamquam principali obligationi nulla obstet, nascatur tamen constituendo in diem priorem, ita ut debitum constituta die iudicio peti non possit?

Pauca denique dicantur erroris evitandi causa de plurali numero „c o n s t i t u t a i n d u c t a ,“ qui in Labeo-

[1]) Nunquam enim plus; sed aut tantum, quantum revera debebatur aut minus licebat constituere. Fr. 11. §. 1. de pec. const.

[2]) I. e. actionem de pec. const.

[3]) Vide pag. 6., ubi haec §. typis expressa est.

[4]) Ab Ulpiano verba n o n d e b e b a t, pro d a r e n o n o p p o r t e b a t, quamquam non satis accurate ac dilucide, hac in §. usurpata esse, in promptu est (vide etiam pag. 6 not. 2). Cur igitur minus eum, hac eadem usum laxa dictione, d a r e n o n o p o r t e r e pro n o n d e b e r e dixisse putaverimus in fr. 7. pr. de compensat., quod ita legitur: „Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat.“ Sic liquere mihi videtur hoc fragmentum. Keller lit. cont. §. 58. not. 16. et I. Becker process. consumpt. pag. 60. —



nis verbis invenitur. Discrimen enim inter constitutum debiti proprii et alieni, quod intelligendum fortasse tibi in mentem venire possit, posteriore demum tempore ICtorum interpretationibus atque disceptationibus edicti factum esse satis constat, neve igitur aliud quidquam hoc plurali credas significari, nisi singulos usus exercitationisque casus. —

---

## IV.

Iam ex iis, quae disputatione nostra adhuc consecuti sumus, haec fere videntur de constituti origine colligi atque concludi posse:

Iam priusquam praetor edictum de pecunia constituta proposuit, saepe haud dubie accidit, ut ex intervallo dies aliqua nudo pacto aut mutaretur, aut omnino, si nulla adhuc exstabat, obligationi adderetur. Qua tamen re nihil aliud efficiebatur, nisi ut debitor exceptionem haberet contra creditorem, creditor autem nullo perfrueretur commodo, ne illo quidem, ut certius iam confidi posset, debitorem die constituta soluturum esse. Praecipue vero, si, quum prius pecuniam accipere voluisset, prior inter eum et debitorem constituta erat dies, nihil ei erat, quo iam tum debitorem ad solvendum cogeret: nam si petebat, maxime, ne propter pluris petitionem caussa caderet, periclitabatur. Quae quum ita essent, praetor edictum de pecunia constituta composuit. Hoc vero constitutum primo tantum ad pecuniae diem constituendam pertinuisse, etiam ex Theophili paraph. IV. 6. 8. [1]) apparere mihi videtur, quamquam

[1]) In editione a Reitz curata (tom II. p. 796) locus ipse hic est atque sic in latinum conceptus:

| | |
|---|---|
| „*Οὐ μόνον δὲ* in rem, *καθὰ εὕρηται, ἀλλὰ καὶ περσοναλίαν* | „Non solum autem in rem, sed etiam personalem actionem Prae- |

ex hoc loco ne quaquam illud perspicitur, praetorem in edicto illo proponendo praecipue hoc spectasse, ut in prius tempus pecuniae dies transferri posset.

Neque abhorrent ab hac constituti natura, quam primam fuisse contendimus, quae Ulpianus de ratione, qua constitutum sit introductum, tradit: fr. 1. pr. de per. const.

> „*Hoc edicto praetor favet naturali aequitati, qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere.*“

Sponte fere sua hic constituti usus in mentem nobis revocat, pacti adiecti similitudinem; et fere hoc tantum

---

ὁ πραίτωρ ἐπενόησεν, οἷον τὴν pecuniae constitutae αὕτη γὰρ οὐκ ἔστι πολιτικὴ, χώραν δὲ ἔχει ἐπὶ τούτου τοῦ θέματος· ἀπαιτούμενος σὺ, καὶ βουλόμενος τὴν παροῦσαν ἐνόχλησεν διαφυγεῖν, ἀντεφώνησας εἰπὼν, ὅτι τῇ δεκάτῃ τοῦ μηνὸς ταῦτα σοι καταβαλῶ· παρελθούσης τῆς προθεσμίας ἀπήτουν σε· ἔλεγες σὺ, τοὺς ὅρους τῶν ἀγαγῶν τεχνολγῶν μηδαμόθεν ἑαυτὸν ὑπεύθυνον, εἶναι· οὐδὲ γὰρ ἐπερώτησις γέγονεν, ἵνα κινηθῇ κατὰ σοῦ ἡ ex stipulatu, οὐδὲ μανδάτον παρηκολούθησεν, ἵνα ἁρμόσῃ ἡ mandati· ἑωρακὼς τοίνυν τὴν σὴν ἀγνωμοσύνην ὁ πραίτωρ, ὡς ὑπεναντίαν ὅτι μάχῃ ταῖς σαυτοῦ ὑποσχέσεσιν, ὥρισε τὴν pecuniae constitutae.

tor invenit, velut constitutae pecuniae: haec enim civilis non est: locum autem habet in hac specie; debebas mihi centum aureos, incidi in te, eosque a te petii, tu appellatus et praesentem molestiam evitare cupiens, responsisti dicens: decimo huius mensis die eos tibi exsolvam: constituto tempore elapso flagitabam te, dicebas tu actionum fines antificisse captans, neutiquam te esse obligatum: neque enim stipulatio facta fuit, ut actio ex stipulatu adversus te instituatur: neque mandatum subsecutum, ut mandati actio competat: videns igitur tergiversationem tuam Praetor, utpote contrariam, quia cum tuis ipsius promissis pugnabas, constituit pecuniae constitutae actionem.“—



intercedere videtur discriminis, quod illud in continenti, constitutum ex intervallo subiungitur principali obligationi. Pactum deinde adiectum nisi principali obligatione fultum nihil pollebat; non igitur solum debitum; sed debitum, quod iudicio exigi posset, exstare oportebat. Iam de constituto, quomodo res sese habeat, inquiramus. Neque difficile quidem illud concludi potest, quum constitutum initio id spectaret, ut dies pecuniae aliqua statueretur, actionem etiam de pecunia constituta nisi ad hanc diem prompte observandam ad nihil pertinuisse. Quodsi id fuit debitum, quod iudicio exigi non posset, ne die quidem constituta hoc exigi potuisse apparet, nisi alium multoque graviorem constituto tributuri sumus usum, quam quem solum in eo fuisse demonstravimus.

Iam igitur confitendum nobis erit, constitutum, si quidem quid profuturum fuerit, primis temporibus non tam debitum ex quacunque caussa, quam, ad quod retrorsum referretur, id respexisse debitum, quod per iudicem sive iam nunc, sive postea peti posset. —

---

## V.

Restat, ut accuratius examinetur, quod hactenus pro certo posuimus, num constitutum hac significatione atque hac vi praeditum principio, quod quidem, quum ipsum Labeonis tempore iam prorsus fere explicatum atque excultum fuisse putandum sit, ad alterum dimidium primi saeculi a. Ch. n. ad minimum referatur oportet: num igitur hoc constitutum eo tempore revera fuerit adeo desideratum.

Pacto adiecto effici non poterat, ut post aliquod intervallum, aut dies iam adiecta mutaretur, aut si sine diei

adiectione obligatio contracta erat, dies omnino statueretur; pacta enim adiecta praeter quam quod in continenti debebant adiungi, etiam tantum in bonae fidei contractibus adhiberi poterant, quibus tanquam pars [1]) inesse creduntur.

Sola hoc effici poterat novatione, quae et verborum et litterarum obligationibus fieri poterat.

Quod vero attinet ad eam novationem, quae verborum fit obligatione, illo ipso demum tempore, quo constitutum ortum esse posuimus, ICti occupati erant formulis inveniendis [2]), quibus haec vel illa obligatio per stipulationem in novam obligationem transferretur. Sed fac iam inventas fuisse formulas ad quamlibet obligationem novandam, tamen novatio illa per stipulationem a plerisque ne adhiberi quidem poterat, id quod apparet ex fr. 1. pr. de v. o.

> *„Stipulatio non potest confici, nisi utroque loquente; et ideo neque mutus, neque surdus (neque infans) stipulationem contrahere possunt, nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent."* [3])

Constitutum autem non solum inter praesentes; sed inter absentes etiam fieri potuit, sive per litteras, sive per nuntium; nec minus homini muto, sive surdo eo uti licebat propterea quod nudum erat pactum, neque aliud quidquam, nisi consensum partium quocunque modo expressum requirebat. [4])

---

[1]) Fr. 7. §. 5. de pactis. —

[2]) Liebe, stipul. pag. 14.

[3]) In postremo quidem casu servi dominorum vice saepissime fungebantur fr. 1. pr. 1. de v. o., tit. Inst. de stip. serv., Gaius III. §. 166. 167., Walther, Rs.-Gesch. pag. 571. —

[4]) Fr. 14. §. 3. de pec. const. —



Praeterea autem novatio periculosissima fuit; nam, quum effectus novationis esset, ut prior obligatio perimeretur, omnia et commoda et incommoda, quae prioris obligationis fuerunt, simul cum novatione evanescebant. [1]) E contra constitutum hoc modo neutri parti periculosum erat, quum ex eo nasceretur accessoria tantum obligatio et integra igitur viribus suis permanebat obligatio pristina. [2])

Idem vero periculum etiam novatio litterarum obligatione facta praebet; ea tantum re haec praestat novationi, quae per stipulationem fit, quod etiam ab homine absente vel surdo, vel muto fieri poterat.

Duae denique novationis species, quum formam quandam requirerent solennem, utrique parti multa afferebant incommoda multasque molestias, [3]) quibus constitutum erat liberum. —

Quibus de causis non, opinor, dubitandum est, quin constitutum, praesertim si commercii atque negotiorum illo tempore iam valde crescentium rationem habemus, maxime fuerit desideratum atque necessarium.

---

[1]) In stipulatione novante non intelliguntur repetita: hypothecae, pignora, usurae, fr. 18. de nov. et de leg. fr. 43. de sol. et lib. fr. 27. eod., neque poena stipulata, fr. 15. eod. Novatio purgat etiam moram fr. 8. eod., fr. 73. §. 2 de v. o., fr. 91. §. eodem.

[2]) Fr. 28. de pec. const., fr. 15. de iure vers., fr. 3. §. 2. de administr. ver. ad civ. pertinent.

[3]) Cicero ad Quint. fratrem lib. 1. epist. 1.: „possunt, ait, in pactionibus faciendis non legem spectare censoriam, sed potius commoditatem conficiendi negotii et liberationem molestiae.

---

## VI.

Ut vero demonstremus, recte se habere, quod concludendo effecimus, iam liceat eam afferre controversiam, quae, opinor, nisi origo ac natura constituti fuisset ea, quam nos esse diximus, nunquam fuisset exstitura. Iustinianus enim ait in leg. 2. cod. h. t. hoc:

> *„a veteribus dubitaretur — an pure constituta pecunia contracta valeret?“*

eademque ille lege praescribit:

> *„liceat pro debito pure constituere.“*

Sed etiam Ulpiani temporibus semper diem aliquam, quancunque aliam causam constituendo spectaveris, subiiciendam saltem fuisse comprobatur, fr. 16. §. 4. h. t. (Ulp.) quod his verbis conceptum invenitur:

> *„Haec verba praetoris: neque fecisse reum, quod constituit, utrum ad tempus constituti pertinent, an vero usque ad litis contestationem trahimus, dubitari potest et puto ad tempus constituti.“*

Ulpianum cognovimus his verbis ad liquidum perducere conari, cuiusnam temporis ratio habenda sit ut disiudicetur, utrum in mora sit reus nec ne, litisne contestationis, an eius diei, in quem reus constituerit. [1]) Idemque

---

[1]) Ulpianum vero verbis: „tempus constituti significare eam diem, in quam constitutum est, plane apparet, quum ex universo in



quum dicat, diei rationem habendam esse, in quem constitutum sit, patet, eum ponere, semper diem aliquam constitutam fuisse.

Huc etiam sequens fr. 17. referendum est, quo item a Paullo de illis edicti praetorii verbis „neque fecisse reum quod constituit“ agitur, ac quidem extremo illo fr. hoc ait:

> *„Ut illa verba neque fecisse, hoc significant: ut neque in diem, in quem constituit, fecerit; neque postea.“*

Nam in his etiam verbis confirmari videmus, semper adiectionem alicuius diei in constituendo factam esse. Et quare? Ii edicto illo praetorio, quod loci ex Ulpiano et Paullo allati explicant, nulla diei alicuius fit mentio: quippe ipsum edictum, quod per varia fragmenta disiectum atque dispersum est, si colligimus, est hocce:

> *„Qui pecuniam debitam constituit (fr. 16. §. 2.), si apparet, eum, qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetit, quominus fieret, quod constitutum est (fr. 16. §. 1.) eamque pecuniam, quum constituebatur debitam fuisse.“* [1])

Quin Paulus ipse ait, non posse colligi ex edicti verbis, semper diem aliquam constituendam fuisse, quae Pauli sententia peti potest ex fr. 21. §. 1., cuius prior pars haecce est:

> *„Si sine die constituas, potest quidem dici, te non te-*

---

sequenti fr. 17. tum ex eius fine, quem hac in pagina allatum videbis; cfr. Glück tom. XIII. pag. 390., de Reinhardt Ergänz. z. Glück's Pand. IV. 2. pag. 526.—

[1]) Sic Florentina, sed Hal. legit. pro solvere: solvisse, et pro stetit: stetisse. —

*neri,*[1]) *licet verba edicti late pateant; alioquim et confestim agi tecum poterit, si statim ut constituisti non solvas.*"

Curnam igitur, quaerimus, tam necessarium fuit, semper in constituendo diei mentionem fieri ita ut hac re neglecta constitutum non videretur valere? curnam Paullus omnino non patitur eum, qui constituat, statim teneri? Nam etiamsi altera huius fragmenti pars, quae ita legitur:

„*Sed modicum tempus*[2]) *statuendum est, non minus decem dierum et exactio celebretur.*"

revera a Paulo profecta esset,[3]) tamen nihil aliud ex his quoque verbis apparet, nisi ab eo ullum constitutum sine die cogitari potuisse, sic ut statuat, etiamsi revera constitutum sine die valere putari posset, tamen tacite saltem spatium decem dierum in hoc constituto inesse intelligendum esse. Neque in ulla alia obligatione tale quid invenimus; nam, qui sine die obligatus est, statim tenetur,[4])

---

[1]) Duarenus in comment. ad lit. de pec. const. cap. 2. med.: „hic locus, inquit, valde obscurus, saltem ratio obscura est, cur dicae constituens non teneri, qui sine die constituit etc." —

[2]) Donellus de verb. oblig. num. 33.

[3]) Quum quidem controversiam, a Iustiniano demum compositam, in medio relinquo, quum nihil intersit, utrum ea iam ipso Pauli tempore, an postea demum, mota fuerit; quamquam equidem, sententiam Fabri (coniect. XV. 4.) et Treutleri (select. disput. Vol. II. disp. 27.), qui haec verba Triboniano adscribunt, sequens hoc malim probare: p o s t e a demum illam controversiam motam fuisse. Vide omnino de hac re locos, quos Schulting ad fr. 21. §. 1. de pec. const. affert. —

[4]) fr. 51. §. 1. de v. o. „Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die debetur." Cf. fr. 14. de reg, iur. —



sed fac aliquoties tempus dari, intra quod debitor veluti rem tradere, vel solutionem expedire posset, tamen spatium certe huius temporis arbitrio iudicis relinquitur.[1])

Equidem nullam aliam peculiaris illius constituti naturae causam afferre potuerim, nisi quod vetus illud constitutum ad hoc solum spectabat, ut dies, qua pecunia iam debita solvenda esset, legitime statui vel si qua dies obligationi iam antea adiecta fuit, mutari posset. Etenim apparet inde, constituere idem fuisse ac promittere, certa te die soluturum esse, atque solam hanc significationem etiam initio in praetoris edicto verbo constituere expressum fuisse. Postea, quum constitutum haec tria simul complecteretur: tempus, locum, negotium, atque propterea multo latius pateret, tamen semper hanc sibi servavit naturam, ut s o l u t i o n i s esset p r o m i s s u m.[2]) Hac autem re satis expressum est, pecuniae solutionem non ad id temporis punctum, quo promissum fuit, faciendam, sed in posterius tempus translatam fuisse atque constitutum sine die vel certe sine ullo tempore statuto, nullum proprie fuisse constitutum.[3]) Quid enim? Nonne creditor hoc neglecto statim debitorem iudicis persequi potuisset. Quod quam fuisset alienum atque ineptum in promptu est.

---

[1]) Vinnii comm. ad §. 2. Inst. de v. O. —

[2]) Itaque constitutum fuit: ein acceptirtes Zahlungsversprechen, neque, id, quod multi contendunt: ein Anerkennungsvertrag. Cf. Duaren. comm. in tit. de pac. const. cap. 1. et Noodt tom. II. pag. 244. Hoc idem etiam inde apparet, quod verba illa; c o n s t i t u e r e s e s o l u t u r u m e s s e, coniuncta inveniri solent.

[3]) Cfr. Noodt. tom. II. pag. 245 b.

## VII.

Non iam inepte videtur quaeri, cur cum constituto fere semper coniungeretur poenalis sponsio [1]), qua quidem periclitatur reus, si temere neget, quaeque cum ea coniuncta est, restipulationem, qua periclitatur actor, si non debitum petat. Quae sponsionis restipulationisque institutio originem atque rationem fere sine dubio traxit ex actione de certa credita pecunia, quam quidem iam inde a condictione de lege Silia cum sponsione et restipulatione tertiae partis coniunctam invenimus [2]). Porro si huius institutionis usum persequimur, usurpatam eam videmus, atque semper quidem in interdictis prohibitoriis, per distinctionem in ceteris [3]), neque minus, id quod iam commemoravimus, in actione de pecunia constituta. Iam si de causa huius in hac actione usurpationis inquirimus, maxime probabile neque longo remotum videtur esse, actionem de pecunia constituta hanc sibi proprietatem assumsisse ex usu, qui vigebat priusquam edictum de pecunia constituta a praetore compositum erat. Ut enim dies pecuniae nudo pacto post intervallum constituta prompte servaretur ac teneretur, adhibebatur tunc haud dubie stipulatio poenae conventionalis. Quae poenae stipulatio a praetore etiam

---

[1]) Gaius IV. §. 171. fr. 18. §. 2. de pec. const. —

[2]) Keller Civ. Proc. §. 58. pag. 249. —

[3]) Gaius IV. §. 141. 162—168. Keller Civ. Proc. §. 76., Puchta Inst. §. 169. —



obtinebatur atque conservabatur, postquam ab eo nova actio in factum de pecunia constituta data est. Qua de causa sponsio et stipulatio poenae in constituto poenalem habet vim ac naturam, non, quod fortasse in mentem tibi induxeris, simul praeiudicialem. Apparet hoc planissime etiam ex fr. 18. §. 2.:

> „*E re autem est, hic subiungere, utrum poenam contineat haec actio, an rei persecutionem? Et magis est, ut etiam Marcellus putat, ut rei sit persecutio.*“

Sed erant iam tunc, id quod non minus ex hoc loco perspicitur, ICti, qui sponsioni illi et restipulationi poenae duplicem tribuerunt illam naturam.

Fortasse etiam id, quod sponsionis summa dimidia pecuniae debitae pars erat, iure explanatur ex eo, quod priore tempore haec conventionalis poenae esse solebat summa.

---

## VIII.

Porro si de ipsa actione de pecunia constituta inquirimus, haec tria a praetore invenimus postulata atque necessaria ut creditor vincat:

1. eum, qui constituit neque solvere, neque fecisse, quod constitutum est,

2. per actorem non stetisse, quominus id fieret,

3. eam pecuniam, quum constituebatur, debitam fuisse [1]).

Necesse est, ut, quod tertio loco postulatum est, accuratius consideretur. Si constitutum, id quod demonstravimus antea, hoc solum spectabat, ut obligationi alicui post intervallum dies pecuniae adderetur, in promptu est, actionem etiam de pecunia constituta priore tempore id tantum spectasse, ut dies constituta prompte servaretur ac teneretur. Perspicitur hinc, initio non suffecisse naturalem obligationem ad id explendum, quod tertio loco postulatum est; sed necesse fuisse, ut obligatio exstaret, ex qua actio nasci posset. Sin enim minus, nulla erat actionis de pecunia constituta utilitas. Itaque haec actio adeo cum actioni principali coniuncta atque colligata erat, ut nisi haec valeret, ne ipsa quidem obtineri posset et quae exceptiones adversus principalem competerent actionem, eae adversus actionem constitutoriam competerent, nisi eas ipsa natura constituti sublatas esse necesse erat. Inde etiam intelligitur, quod constituti proprium a Iustiniano in l. 2. Cod. de pecun. constit. his verbis commemoratur

„ . . *et neque in omnibus casibus longaeva sit constituta; sed in speciebus certis annali spatio concluderetur.*“

Sive enim, si civilis erat principalis obligatio, tantum dies pecuniae mutabatur, sive, quum statim in contrahenda obligatione dies non adiecta esset, postea constituendo adiiciebatur aliqua, actio de pecunia constituta erat quasi adnexa principali obligationi, quae, quum esset perpetua, etiam illa fiebat perpetua. Idem sine dubio accidebat si certus pecuniae locus constituebatur. Aliter autem illa actio, si etiam principalis erat praetoria, aut si

---

[1]) Vide edictum, quod allatum est in pag. 19. Veresimile etiam est, haec tria postulata in formula actionis contenta fuisse.



nulla actio; sed nihil nisi obligatio naturalis exstabat, cui accedebat, ita ut ex solo praetoris edicto vim et potestatem hauriret, erat annalis.

---

## IX.

Iam denique breviter explicare liceat, quomodo paullatim excultum sit de mea quidem sententia constitutum:

Mos erat apud Romanos antiquus diem pecuniae aliquam post intervallum ita mutare, aut, nulla adhuc exstante, ita aliquam adiungere, ut nudo pacto haec inter eos conveniret, cuius quidem observandae caussa conventionalis poena dimidiae dibiti partis constituebatur. Ea sine dubio haec erat ratio, qua facillime illud assequi possent. Tum tantum, si diem aliquam in prius tempus translaturi erant, quam quo debitum legitime exigi poterat, nihil erat, quo debitor, ut solveret, cogeretur. Itaque hac praecipue caussa permotus praetor consuetudinem illam, quam modo commemoravimus, auctoritate sua sanxit atque edictum de pecunia constituta proposuit. —

Quod postea constituti usus etiam ad locum aut mutandum aut addendum usurpabatur, id non sane longe aberat, neque igitur etiam hoc videtur multo post factum esse. —

Posteriore demum tempore is constituti usus videtur ortus esse, qui postea principalis [1]) factus est; eum dico, quod constituendo quodlibet pactum nudum in iudicium deduci poterat.

---

[1]) Cfr. Göschen tom. III. §. 558. sub 2. Höpfner comment. §. 847.

Haec fere sunt, quae cum aliqua certe specie veritatis de prima constitutae pecuniae natura atque indole dici poterant. Sed quamquam mihi erat in animo, ut paucis etiam explicarem, unde tandem ea actionis constitutoriae cum receptitia actione cohaerentia, quae saepissime commemoratur[1]), fluxisset, tamen disputationem intellexi deductum iri ad res a re proposita alienas. Neque operae pretium mihi esse videbatur plura dicere de natura constituti paullatim mutata et latius patente, quum hac in re propter exigua testimonia et opinari tantum atque coniicere liceat et facile sit aliquid de hac re coniicere. Denique interroget quispiam, cur nam omnino non dictum sit, quaenam ipsa verbi *constituendi* notio esset, quum, intelligentiam rerum saepissime pendere ab intellectu verborum, satis constet. Neque autem solum ea, quae cum aliqua veritatis specie nobis videntur de hac re dici posse, apud Gronovium[2]), amplissime de hac re disputantem, invenimus; verum etiam summa huius disputationis atque investigationis ad primam constituti naturam statuendam nihil affert.

---

[1]) §. 8. Inst. IV. 6., l. 2. §. 1. C. de pec. const. Theophil. paraphr. IV. 6. 8.

[2]) Gronovii observationes, edit. Frotscher lib. 1. cap. 1. pag. 15. seq. —

# THESES.

## I.

Constitutum debiti etiam hodie valet.

## II.

Nihil interest in distrahendo pignore, utrum debitor in mora solvendi sit, nec ne.

## III.

Iuramentum delatum et acceptum revocari non potest.

## IV.

Naturales filii per subsequens matrimonium legitimati in feudum succedere non possunt.

## V.

Iure Borussico semper ius ipsum praescriptione tollitur.

END OF TITLE